

Derecho Internacional Privado

El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario

José Carlos Fernández Rozas

I | Euforia codificadora del siglo XIX

1. En un determinado momento histórico la noción de Código, equivalente hasta entonces a la noción libro de leyes¹, adquiere un nuevo sentido como compuesto de normas pertenecientes a una misma rama del Derecho y ordenadas sistemáticamente². Si la recopilación no es otra cosa que un conjunto de leyes en vigor, pero sin constituir por sí misma un verdadero cuerpo normativo, el Código implica una ley general y sistemática referida, generalmente, a una rama del ordenamiento jurídico³. Dentro del pensamiento de la Ilustración...un Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada⁴. Por eso el denominado movimiento

¹ Un estudio fundamental sobre la noción histórica de la codificación se encuentra en la monografía de J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème au XIXème siècle*, Bruxelles, éditions de l'Institut de sociologie, 1967, 500 pp.

² A. C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile: étude de droit comparé*, Paris, E. De Boccard, 1930, 853 pp.

³ Cf. J. L. de los Mozos, *El naturalismo y pandectismo en las grandes codificaciones modernas*, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho (UCM), 1978, pp. 268-269.

⁴ Cf. F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 465.

to codificador va a incorporar una obsesión por la sistemática que no sólo va a proyectar en la división entre Derecho Público y Derecho Privado, sino que propiciará una marcada especialización de las ramas jurídicas y esta nueva concepción tendrá consecuencias sin precedentes⁵. Asimismo, el movimiento codificador, bajo la influencia del pensamiento individualista-liberal, tendrá la virtud de transformar el régimen de la propiedad feudal o del Antiguo Régimen por formas modernas de dominio y usufructo, aunque se tardó más de un siglo para dar forma a un concepto unitario de propiedad, válido para cualquier situación de la vida cotidiana. En Europa se produce en el siglo XIX y parte del XX, tras la planificación política y cultural consecuencia de la Ilustración⁶, una euforia codificadora consolidándose una cultura basada en el Código, cuya contemplación llega a sacralizarse (la mole mayestática, el *altare consolidato* ...) como un elemento importante de la mitología moderna⁷. La concepción unificada de los códigos se basaba en una idea revolucionaria que pretendía reducir a una unidad material y formal la legislación implicando una refundación de las diversas ramas del Derecho⁸. Y, como es natural, bajo tal concepción descansaba la fe en la voluntad general democrática de los pueblos; una voluntad depositada en una Razón que se elevaba a la condición de fuente central del Derecho: a diferencia de tradicional *ius commune*, resultaba más compatible con la aspiración de la nueva dinámica social, un ordenamiento jurídico más funcional y más concreto.

Es evidente que dicha euforia está directamente condicionada por el tipo de ideología predominante en la época caracterizada por el liberalismo clásico, por el racionalismo y por el nacionalismo. El primero planteaba que el Estado debía limitarse a garantizar las condiciones necesarias para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos y, por lo tanto, no

⁵ A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 135.

⁶ J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, pp. 190-224.

⁷ Cf. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998, p. I. Vid., asimismo, J. R. Narvéz Hernández, El mito de la codificación y la historia del Derecho, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003, pp. 191-214.

⁸ Vid. el trabajo clásico de L. Díez-Picazo y Ponce de León, Codificación, decodificación y recodificación, *ADC*, vol. XLV, 1992, pp. 473-485.

debía actuar en los campos de las autonomías privadas, entre las cuales se encontraban las económicas y la libre iniciativa empresarial⁹; dicho en otros términos, el Estado había de abstenerse por completo de la intervención en las actividades comerciales, quedando éstas reguladas por la estricta ley del mercado. El segundo no era sino un intento de racionalización de la vida jurídica a través de un entramado normativo cuya misión consistía en señalar la conducta a observar, bien de manera directa o bien por medio del razonamiento y la deducción lógica: presumiendo de un supuesto de hecho general y abstracto una consecuencia jurídica que también posea un carácter general¹⁰; por eso, frente a la acumulación de textos sin unidad interna aparece un sistema de normas organizadas con pretensiones de generalidad y de plenitud¹¹. El tercero trajo consigo una serie de representaciones jurídicas nacionales inconexas unas respecto de las otras relegando el *ius commune* romano-canónico como fondo común tradicional; y tal desconexión se refleja no sólo en las legislaciones estatales sino también, en el sistema de enseñanza del Derecho en toda Europa, que va a quedar limitado al estudio exclusivo de los sistemas estatales, restringiendo en buena medida la contemplación de las experiencias jurídicas y de las doctrinas extranjeras¹²; y a ello debe añadirse, también como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integración económica internacional por lo cual las codificaciones nacionales no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jurídicos.

2. Desde una perspectiva metodológica, el movimiento codificador, sobre todo tras la publicación del Código Civil francés de 1804, produjo un considerable desarrollo del tradicional método de las glosas o de la exégesis. De acuerdo con la referida perspectiva el Derecho es algo per-

⁹ J. Vallet de Goytisolo, 'Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislación española', *ADC*, vol. XLII, 1989, pp. 261-316.

¹⁰ Vid. C. Fuentes López, *El racionalismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, pp. 236 y ss.

¹¹ Vid. por todos G. Tarello, 'Le idee della codificazione', *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 31 ss.

¹² R. Ferrante, 'Dans l'ordre établi par le Code civil', *La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 2002, x+520 pp.; R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. y prólogo de A. Vaquer Aloy), Madrid, Civitas, 2000, 325 pp.

fectamente dado, acabado y definido en el Código; por tanto, la función de la ciencia es puramente dogmática. Dentro de los defensores de esta importante corriente metodológica, dominante en Francia y en Bélgica hasta finales del siglo XIX, cabe citar a nombres como R.-T. Troplong, F. Demolombe, F. Laurent, Ch. Aubry o Ch. Rau y tuvo su origen, precisamente, a partir de los comentarios al Código de Napoleón. Convertida la obra napoleónica en un documento intocable, los exégetas recomendaban siempre volver a él sus ojos y no salirse de sus cauces ateniéndose a su letra cuando ésta es clara, o a los principios generales de sus leyes, cada vez que se presente una situación de vacío o ambigüedad de sus normas. Tal corriente encontró una extraordinaria repercusión en América Latina¹³, pero tal recepción debe contemplarse con cierta cautela pues cuando llegó al Continente ya había hecho crisis en Europa y ya eran conocidas otras opciones metodológicas.

En términos muy generales puede afirmarse que su punto de partida era el conocimiento del Código a través de las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción a partir de tres premisas: en primer lugar, todo el Derecho Civil se encuentra en el Código (es bien conocida la célebre frase atribuida a Bugnet: No conozco el Derecho Civil, sólo lo enseña el Código de Napoleón); en segundo lugar, el conocimiento del Derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos; y, por último, la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos. Ello tendrá una evidente repercusión en la enseñanza del Derecho Civil y en la función judicial, en el sentido de que los jueces deben limitarse a aplicar estrictamente el Código extrayendo del tenor literal de cada artículo solución apropiada para los supuestos controvertidos. De esta suerte de escuela de la exégesis que deriva del Código de Napoleón está caracterizada por rendir culto al texto legal, respetando la voluntad del legislador, que se deberá investigar; en caso de duda, a partir de las discusiones parlamentarias. se trata de un método que establece fuertes limitaciones al juez en tanto que no permite su libre interpretación sino, exclusivamente, la aplicación de los textos

¹³ A esta materia se dedica íntegramente el Capítulo 4 (La escuela de la exégesis y su influencia en América Latina) de la obra de C. Ramos Níez, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, PUCP, 1997, 408 pp.

al caso específico¹⁴. En particular, y de acuerdo a esta concepción, la labor interpretativa de los jueces debía limitarse a en una mera aplicación de las leyes, convirtiendo en meros instrumentos de la ley reducidos al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley; esto es, la aplicación estricta de la ley: *dura lex, sed lex*. Baste atender a lo dispuesto en el art. 4 del Code: *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*.

3. Los inicios del movimiento codificador europeo no se alejan, en términos generales, de los Derechos tradicionales borbónico, prusiano o austriaco que producen los primeros Códigos. Mas, en estos textos aún no están presentes con nitidez las ideas de libertad ni permiten vislumbrar una firme voluntad de reforma burguesa como luego acontecerá en Francia; baste atender a que el individuo no se encuentra en el centro mismo del diseño normativo, manteniéndose un benévolo paternalismo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder político absolutista. Por el contrario el paradigma del nuevo sistema, el Código Napoleónico, es una afirmación del predominio del Derecho Propio frente al Común por la acción del Estado soberano, que no permite que particulares determinen lo que es justo y lo que no lo es. Ello no implica la desaparición del Derecho Común: antes al contrario, se integra en la legislación nacional. Se asiste, de esta suerte, a un nuevo equilibrio del sistema que pretende no solamente terminar con lo que se consideraba un desorden jurídico inaceptable, sino que se aprovecha la coyuntura para introducir ideológicamente nuevos conceptos entre los destaca la destrucción de las bases políticas y económicas que sustentaban a los estamentos privilegiados lográndose, por fin, la libertad que había conseguido la burguesía tras el triunfo revolucionario¹⁵.

¹⁴ Vid. J. Bonnet, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2^a ed., Paris, E. de Boccard, 1924.

¹⁵ Vid. la obra clásica de J. E. D. Bernardi, *De l'origine et des progrès de la législation française, ou Histoire du droit public et privé de la France, depuis la fondation de la monarchie justes et compris la Révolution*, Paris, Bechet, 1816.

4. No quedó reducido el movimiento codificador a los países de Derecho escrito. Desplegó también una fuerte resonancia en un país del *common law* como los EE UU. En vano en 1811, el filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832), escribió al presidente James Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incertidumbre del *common law*¹⁶, ofrecía sus servicios para llevar a cabo la codificación del Derecho norteamericano. Madison declinó la oferta, pero a los pocos años, en el propio país surgió a la idea de elaborar un Código. En 1836, el Parlamento de Massachusetts designó una Comisión con ese propósito, de ella formaban parte nada menos que uno de los juristas más brillantes de la historia norteamericana, Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo éxito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field, cuyo Código Civil (1858-1865) rechazado en este Estado después de un largo debate, fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895). El objetivo de este autor consistió en condensar el *common law* en fórmulas sistemáticas y accesibles, eliminando anacronismos y adaptado a las condiciones de la época. No es casual tampoco que hubiera tenido éxito en los Estados más jóvenes del Oeste, menos atados a las fórmulas históricas del *common law*, mientras que en Nueva York, un Estado de viejo origen colonial y vinculado más estrechamente a la tradición inglesa, tuvo una férrea resistencia de los abogados prácticos. Por todo ello, EE UU no estuvo al margen del proceso codificador. Y ello porque tuvo, como hemos visto, episodios intentos de codificación del Derecho Privado y porque 1787 elaboró una Constitución escrita, apartándose en ese sentido de la postura ortodoxa del *common law* que le habría exigido una Constitución basada en la tradición y en las costumbres y, en tercer lugar, porque en su propio territorio subsistían regiones que pertenecían al sistema romanista, como la ex colonia francesa de Luisiana, donde se dictó un Código Civil en 1808, a tan solo cinco años de la venta del inmenso territorio de Nueva Orleans a favor de los EE UU¹⁷.

¹⁶ E. Dumont, *De l'organisation judiciaire et de la codification: extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham* (traducido con observaciones por P. Rossi), Paris, Bossange, 1828, 483 pp.

¹⁷ El primer Código Civil emitido en América fue el de la Luisiana, desde 1803 perteneciente a EE UU por cesión de la Francia napoleónica. Ello ocurrió en 1808, y el cuerpo legal entonces promulgado exhibió el nombre de *Digeste de la loi civile*. La principal característica de esta

II | El Código Civil de los franceses de 1804. Código de Napoleón y su expansión

Un Código sinónimo de certeza y plenitud

5. En una fecha que hoy es un hito de la historia contemporánea, el 21 de marzo de 1804, el primer cónsul Bonaparte promulgó el Código Civil de los franceses. Un Código que desde sus orígenes puso de relieve su carácter ecléctico y no *ex novo*: por una parte, sus redactores efectuaron una investigación sobre las costumbres de Francia y, por otra, sometieron estas costumbres al examen de la razón y a la herencia de la Revolución. Es obvio que el predominio de la razón así entendida condujese a los modernos de los siglos XVI a XVIII a repudiar con carácter general la falta de sistematicidad que descollaba en la vida social. No en vano el racionalismo echar por tierra la autoridad de la costumbre. Los ataques de T. Hobbes¹⁸, F.M.A. Voltaire y J. Bentham, en tres momentos distintos y claves del pensamiento moderno, evidenciaron elocuentemente el pensamiento iluminista, que daba por sentada la sagacidad del príncipe como legislador y que insistía en el carácter genérico, uniforme y evidentemente racional de la legislación. Y es entonces cuando se produce uno de los mayores éxitos de la Ilustración: frente a la indeterminación generada por la pluralidad de normas existentes, los iluministas presentan el Código como sinónimo de certeza y plenitud, requisitos estos a los que, ciertamente,

► obra era un anuncio de la que habría de persistir en las sucesivas codificaciones impulsadas en el continente durante unos cuarenta años, a saber, la casi exclusiva influencia del *Code Napoléon* en ella. El *Digeste de la loi civile*, en efecto, se basó preponderantemente en ese código y, lo que resulta muy curioso, también en el que fue su proyecto presentado en 1800 por la célebre comisión que presidió Portalis. Para algunos estudiosos, incluso fue mayor la influencia de ese proyecto en el *Digeste* que la del código mismo. Vid. B. Schwartz, *The Code Napoleon and the Common Law World: the Sesquicentennial Lectures Delivered at the Center of the Law Center of New York University*, Nueva York, University Press, 1956.

¹⁸ Para T. Hobbes la tradición jurídica anglosajona basada en la jurisprudencia (costumbre de los tribunales), constituye, al igual que para J. Bentham, un caso atípico. Así, por ejemplo, afirma en el *Leviatán* que la sentencia de un juez no le obliga a dar a otro juez posteriormente la misma sentencia en casos análogos (capítulo 26).

debe atribuirse el comienzo de la afortunada singladura del asimismo denominado *Master system*. La relativamente rápida aceptación del mismo, incluso durante el siglo XVIII, depende de determinadas circunstancias presentes ya en la época y que se manifestaron o expresaron a través de sendos principios ya entonces vigentes, el estatalista y el garantista¹⁹.

6. En Voltaire, el rechazo de la costumbre se fundamentaba en su oposición frontal al particularismo jurídico. La réplica volteriana lamenta que, lograda la unidad política de Francia merced en buena parte a la tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta, la unidad jurídica todavía parecía muy lejana toda vez que en Francia se mantenía una marcada división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*: un pluralismo jurídico insoportable para el iluminismo que debía caracterizar la obra del legislador restringiendo la labor de interpretación jurídica por parte del juez²⁰.

Es cierto que Bentham no desconocía méritos a la costumbre, admitiendo que sus raíces profundas la investían de cierta autoridad; no obstante discrepaba con la idea de preservarla como tal, sin una previa homologación legislativa. A su juicio, el Derecho exigía, por medio de un Código, la forma de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritmética y de la geometría. En tal construcción la costumbre tenía un lugar relevante siempre que fuera absorbida totalmente por la ley y, en tanto esta circunstancia no tuviese lugar debía considerarse ésta como una regla inconveniente e ilegítima, por la cual merecían gobernarse sólo los animales: una fuente espontánea, particular, segmentada y localista que, en su opinión, debía que ser considerada con indiferencia por quien procuraba implantar en el plano jurídico el imperio de la Razón. La costumbre debía entonces ser codificada toda vez que el Derecho requiera, por medio del Código, la forma

¹⁹ Vid. C. Ivarez Alonso, La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c. a.), *Historia Contemporánea*, N.º 4 junio 2003. <http://h.c.rediris.es/cuatro/articulos>.

²⁰ Ello haría proclamar a Voltaire: Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar. Voz *Coutumes*, en la edición francesa del *Dictionnaire Philosophique*, vol. V, París, 1833, p. 248.

de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritmética y de la geometría. Este planteamiento debe situarse, sin embargo, en un contexto socio-histórico muy preciso. En la Inglaterra de la revolución industrial, donde escribe Bentham, la indefensión era la nota dominante y únicamente el imperio de la ley escrita podía dotar de seguridad jurídica a un ciudadano que carecía de ella cuando no tenía otro instrumento que la costumbre en la resolución de conflictos. Es precisamente en el entorno inglés donde Bentham postula su misión codificadora puesto que la costumbre no sentaba ninguna predicción firme acerca de cuál iba a ser la reacción del Derecho ante una infracción o ante un conflicto de intereses o, incluso, sobre cuáles eran los supuestos jurídicos previstos por el Derecho: la costumbre sin Derecho escrito y público sólo beneficiaba a jueces y abogados, ricos capaces de escrutar el imprevisible contenido del Derecho, y perjudicaba al ciudadano que costeara procesos interminables y hartos morosos. Cuanto más se dilatará el proceso más beneficios obtendrá un juez sin salario fijo que cobraba según los honorarios del caso.

Un Código tributario de la “razón universal” llamado a aplicarse a todos los pueblos

a) Fundamentos políticos

7. El Código Napoleónico es expresión de un momento determinado de la historia; mejor aún: el corolario; viene a ser algo así como la consumación de la Revolución Francesa²¹. Por ello, tributario de la razón universal, para sus redactores el Código Civil estaba llamado a aplicarse a todos los pueblos. Convertido en un eficaz instrumento de transformación de la sociedad francesa de su época, logró satisfacer los intereses de la burguesía: de un lado, configurando un contexto social proclive a eliminar las desigualdades interclasistas; de otro estableciendo un sistema abier-

²¹ Vid. con carácter general la obra colectiva de C. Ruiz Sanz y otros, *La codificación: raíces y perspectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, Colección Prudentia Iuris, 2003, 273 pp.

to a la libre circulación de bienes; no en vano el *Code* ha sido considerado como la expresión del orden del mercado ²².

Sin embargo, pese a la novedad que significó para Francia, el *Code* no produjo una ruptura radical con el pasado sino que fue más bien una obra moderada y apartada en gran medida del pensamiento jacobino. Se trata, en efecto, de un Código que no se dictó ni al comienzo ni a la mitad de la Revolución²³, si no cuando ésta ya había finalizado, de suerte que no fue, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por ejemplo, un instrumento absolutamente democrático o radical. Constituye más bien la expresión legislativa de una burguesía ya triunfante, que ha logrado la toma del poder por lo que sería un error considerar que al Código Napoleónico como un Código radical²⁴. Baste atender a que los intentos que se realizaron durante la Revolución Francesa para elaborarlo fracasaron.

8. Se dice que los Códigos tienen que ser obra de juristas, no de ideólogos ni de filósofos, con independencia de que aquellos incorporen su propia ideología. Al margen de la bondad de esta afirmación es evidente que los muchos juristas convocados por Napoleón para la redacción del Código habían formado parte del antiguo régimen e, incluso, algunos de ellos habían sido funcionarios; uno de ellos había sido abogado de Luis XVI. Mas el Código Civil francés fue ante todo la expresión de la voluntad política infalible de Bonaparte, que supo rodearse de eminentes juristas procedentes de las más diversas familias del Derecho y de la política: Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Maleville²⁵. De la eficacia de estos

²² X. Martin, Fondements politiques du Code Napoléon, *Rev. trim. dr. civ.*, 102, n.º 2 2003, pp. 247-264; *id.*, *Mythologie du Code Napoléon*, Boure, Dominique Marten Morin, 2003, 510 pp.

²³ Las distintas tentativas codificadoras llevadas a cabo durante la Revolución han sido estudiadas por J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, 309 pp.

²⁴ X. Marten describe al Código Napoleónico como elemento de cohesión y símbolo del siglo de las luces a la vez, contemplándolo como un intento por poner orden a la etapa posrevolucionaria. *Human Nature and The French Revolution, From the Enlightenment to the Napoleonic Code*, Oxford-Nueva York, Berghen Book, 2003, 302 pp.

²⁵ Los elegidos fueron: Francois Denise Tronchet: Presidente del Tribunal de Casación, abogado en el Parlamento de París y diputado por el tercer estado; defensor de Luis XVI en el juicio que terminó con su condena a muerte; era experto en el Derecho del centro y norte del

hombres nació un conjunto jurídico coherente, claro, accesible para todos, en el que se efectuó la síntesis del antiguo Derecho y de las conquistas revolucionarias. Ninguno de los juristas que hizo el Código podría decirse que era claramente jacobino y precisamente Napoleón tuvo la sagacidad (Talleyrand v. Fouché) de elegirlos con la finalidad de redactar un Código que tuviera una naturaleza hasta cierto punto ecléctica: recoger ciertas conquistas de la Revolución (libertad e igualdad ante la ley), manteniendo un nuevo orden social que no se alejase de muchos elementos sustanciales al antiguo régimen. Por eso dentro de la mitología inherente al Código de Napoleón se suele insistir en sus facetas conservadoras. En todo caso, la moderna historiografía concede un papel relevante al por entonces Primer Cónsul en la redacción del Código que lleva su nombre y que ya había sido puesto de relieve por René Savatier en uno de sus primeros escritos²⁶; sobre todo en lo que se refiere al Derecho de la persona. Napoleón nunca olvidó su concepción en torno a la unidad jurídica de la familia pues era decidido partidario de una familia fuerte sometida a la autoridad del padre y de vigorizar la institución matrimonial estableciendo taxativamente que los esposos se obligan mutuamente a comunidad de

▶
pas y el Derecho común y le cupo la responsabilidad de presidir la Comisión. Jean Étienne Marie Portalis, Comisario del Consejo de Presas, abogado de tendencia moderada, debió exiliarse entre 1797 y 1800 por encontrarse vinculado con los emigrados políticos; a su regreso fue nombrado senador y ministro durante el Consulado y el Imperio; era abogado del parlamento de Aix y conocía bien la costumbre del Este; fue agudo crítico de la época del terror y no se identificaba con las ideas revolucionarias ni con el racionalismo, al que imputaba la destrucción de la tradición. Félix Julien Jean Bigot de Préameneau, Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Casación, abogado en el departamento de Rennes y especialista en la costumbre del Oeste. Jacques de Maleville, Abogado en el parlamento de Burdeos, integró el Tribunal de Casación como Secretario y conocía la costumbre del sudoeste; publicó en 1805 una obra donde analizaba la discusión del Código ante el Consejo de Estado.

²⁶ Vid. el opusculo de R. Savatier, *L'Art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1927, 47 pp. El autor describe, no sin cierto apasionamiento, a nuestro personaje: "*Le Premier Consul était alors maigre, pâle, passionné, avec des yeux brillants. Il habitait ses trente ans d'un habit vert qui n'engonçait rien, ne vieillissait pas en lui le jeune homme, ne transformait pas en civil le soldat et ne déteignait nullement sur la couleur peu parlementaire de son éloquence. Il était le plus naturel, le seul fantaisiste, le seul spontané de l'Assemblée, le seul, à propos du mariage, à parler des brunes et des blondes, des yeux noirs et des yeux bleus, et à se permettre de croire*

vida (art. 215). Como es evidente, por los problemas de descendencia que le obligaron a repudiar a Josefina a su pesar, también estaba inclinado a reforzar la adopción. Y aunque en aquellos momentos condenaba sus eventuales excesos, no se oponía al mantenimiento de la modalidad de divorcio por consentimiento mutuo instaurado por la Revolución²⁷.

Incorpora el *Code civil* sobre todo una concepción del Derecho reformadora de la sociedad, unificadora de la nación e instrumento de igualdad. Se configura en tal sentido como un motor de modernización de la sociedad civil para asegurar la propagación de las ideas de las Luces y de la Revolución. A partir de su entrada en vigor todos los individuos gozan de derechos y deben acatar las mismas reglas, separadas de las prescripciones religiosas. Las personas se encuentran, a partir de ese momento, sujetas desde su nacimiento hasta su muerte a un Estado civil laico simbolizado por el matrimonio civil. Esta laicidad es patente al suprimirse cualquier referencia a la divinidad; no olvidemos que Napoleón confirmó ciertos cambios realizados por la Revolución al poner punto final a la separación entre las Iglesias y el Estado, estableciendo un primer umbral de laicización. De esta suerte, y pese a los beneficios para la Iglesia derivados del Concordato de 1801²⁸, el Estado tiene un fundamento laico, y el Código Civil de los franceses no incluye prescripción religiosa alguna. Se laiciza el estado civil, y el matrimonio civil constituye un requisito previo y obligatorio de cualquier ceremonia de matrimonio religioso (libre y facultativo).



que ces détails puissent avoir leur importance. Lui seul plaisait dans cette assemblée de gens graves... Mais, en Bonaparte, ce n'était pas seulement le séducteur qui faisait la conquête, c'était aussi le maître. Cela se sent à la lecture. L'éloquence de Bonaparte, ce sont des phrases nettes, coupantes, qui font image, qui parlent, qui vivent, qui marchent, 'des traits de feu' dit Taine, 'dardés par son esprit'... Enfin, l'autorité se réunissant à la séduction et à l'intelligence, quelque chose de si saisissant émane de la parole de ce jeune homme passionné et impérieux qu'au coin de la table un conseiller d'Etat, Thibaudeau, ne se tient pas de noter au vif les incartades de cette parole".

²⁷ Tras la Restauración borbónica la institución del divorcio fue suprimida por una Ley de 8 de mayo de 1816 y solo fue reinstaurada por la Ley Naquet de 27 de julio de 1884. Tal supresión dio origen a ciertos supuestos de la jurisprudencia francesa en el ámbito del Derecho internacional privado, como el célebre asunto *Beaufremont*. El divorcio por mutuo consentimiento hubo de esperar a la Ley N.º 75-617, de 11 de julio de 1975.

²⁸ En dicho instrumento Pío VII reconoció algunas reformas revolucionarias contenidas en la Constitución Civil del Clero, tales como la libertad de cultos, la nacionalización de los bienes eclesiásticos y la disminución del número de diócesis. Mas Napoleón se comprometió a sos-

El resultado de este proceso codificador, la elegancia y la claridad de su estilo pero, sobre todo, la modernidad del espíritu, el equilibrio que el Código mantiene entre derechos y obligaciones, los valores en los cuales se fundamenta (libertad, igualdad y también voluntad y responsabilidad) explican su asombrosa longevidad en Francia y su éxito internacional²⁹.

b) Rasgos esenciales del contenido del *Code*

9. Del contenido del *Code* cabe destacar algunos aspectos trascendentes para los futuros desarrollos del Derecho teniendo en cuenta la influencia que registró en todos aquellos países europeos y luego americanos que adoptaron la codificación como forma de ordenar sus propios sistemas gubernativos.

El libro primero dedicado a las personas contiene básicamente la regulación de la capacidad y goce de los derechos civiles para cualquier ciudadano francés, aun cuando restringe el mínimo el derecho de las mujeres; en efecto, al padre de familia y al esposo se le atribuye un lugar preponderante para garantizar el orden en el seno de la familia. Solo el padre tiene el Derecho de Potestad pudiendo impedir el matrimonio hasta los 25 años de los hijos varones y hasta los 21 en las mujeres, aun cuando tuvieran autorización de la madre. El marido tiene el deber de mantener a la mujer que se ocupa del hogar; no pudiendo esta última contratar ni disponer de los bienes sin consentimiento del cónyuge, ni presentarse a juicio como demandante sin su autorización. Excluye la intervención del Estado en las relaciones familiares, creando un Consejo de familia constituido por parientes y limitaba la libertad de disponer por testamento según la cantidad de hijos que se tuviera. En el *Code* se reglamenta, asimismo, la existencia del registro del estado civil, secularizando las relaciones familiares, lo cual había sido una de las reformas de la revolución. La familia patriarcal de origen romano fundada en la patria potestad es reemplaza-

► tener el culto católico y pagar sueldo a los sacerdotes, reservándose el derecho de nombrar obispos que le debían prestar juramento de fidelidad, no obstante lo cual la investidura la otorgaba el Pontífice, con lo cual quedaba establecido de hecho una suerte de patronato a favor del gobernante.

²⁹ D. Berthiau, *Un code pour l'éternité ?*, *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 2003-2, pp. 195—226

zada por la burguesa, donde aquella cesa con la mayoría de edad (21 años), eliminando cualquier vínculo feudal o gremial con el Estado³⁰. Como hemos tenido ocasión de apuntar, seculariza el matrimonio, extrayéndolo de la competencia de la Iglesia y transformándolo en un contrato civil. Conserva el divorcio-sanción por adulterio, crueldad o injuria grave y mantiene el que se verificaba por mutuo acuerdo³¹.

Evidentemente, el Código es tributario en este ámbito de las antiguas leyes feudales donde las mujeres carecían de capacidad económica plena; y esto fue cierto especialmente para las mujeres casadas quienes estaban totalmente sometidas a la tutela de sus maridos. Por eso es frecuente la afirmación de que el Código consagra la muerte civil y política de la mujer; declarándola incapaz legal y sometiéndola, según los casos, a la autoridad del padre, del hermano o del marido. No es de extrañar pues, que entre las reivindicaciones principales de las primeras feministas estuviera el derecho a disponer libremente de sus bienes, del propio salario, por ejemplo. Finalmente en el siglo XX se consiguió en estos países romper la legislación discriminatoria.

10. En cuanto a los libros restantes, se advierte la transformación de la estructura de la sociedad civil, a través del Derecho de Propiedad y la regulación de los contratos. Prohíbe los fideicomisos, elimina los mayorazgos y sienta el principio de la igualdad de los herederos, con lo cual favorece la fragmentación de las propiedades otrora en manos exclusiva de la nobleza. Establece el principio de la libre disposición de los bienes y el Derecho de Propiedad absoluto para gozar y disponer de los bienes, salvo el uso contrario a la moral y buenas costumbres, aconteciendo lo propio con la autonomía en materia contractual. Cuando el Código de Napoleón en sus arts. 544 y 545 declara que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por expropiación, fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización, en realidad lo que hace es acre-

³⁰ X. Martin, ¿, tout ça? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, N.º 13, 1992, pp. 227—301

³¹ Vid. J. Bonnet, *La philosophie du Code Napoléon au droit de la famille*, Paris, Boccard, 1928, pp. 22 ss.

editar uno de los resultados de la Revolución de 1789 que figurara en la declaración de Derechos del hombre que inicia la Constitución de 1793. Introduce el desarrollo de la teoría de la responsabilidad por daños, incluyendo la objetiva por culpa encabezando el pensamiento futuro de la denominada escuela subjetivista o clásica de la responsabilidad, dominante en los Códigos Civiles decimonónicos que corresponden a una economía predominantemente agrícola; conforme a tal concepción, es la actuación culpable o dolosa de quien realiza el acto la que justifica su obligación de resarcir perjuicios; no obstante, quien incumple una obligación o causa un daño por caso fortuito no queda obligado a indemnizar perjuicios: a lo imposible, nadie está obligado; de esta suerte la culpa en materia de responsabilidad extracontractual se configura como un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de resarcir.

El libro final trata de las sucesiones, de las obligaciones y los contratos en general y en particular y de algunos derechos reales³². Concretamente en materia hereditaria sanciona el procedimiento de la sucesión romana, pero no hasta el punto de considerar una misma persona al causante y al heredero: la sucesión en la persona pasa a ser reemplazada por una sucesión en las titularidades jurídicas. Todo el conjunto reposa sobre la base de un modelo liberal capitalista que favorece y preserva los derechos de la burguesía, estableciendo un efectivo equilibrio entre los derechos y deberes de cuño revolucionario y las costumbres y derechos preexistentes.

II. La promulgación de este texto legal marca un hito en el desarrollo posterior y en la codificación del Derecho Civil tanto en Europa como en América, sin que su influencia se viera afectada por la caída del imperio napoleónico. De lo expuesto no puede extraerse que autores como A.J. Arnaud hayan considerado que el Código es como un juego que establece determinadas reglas, burguesas, en donde se dice quienes pueden jugar y quienes no³³. Quienes juegan son especialmente aquellos que son ciuda-

³² J. L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, 296 pp.

³³ A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil*, Paris, R. Pichon y R. Durand-Auzias, 1969, 326 pp.; *id.*, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon y R. Durand-Auzias, 1973, 182 pp.

danos, franceses, varones y propietarios. Esta es la razón que justifica la regulación de la atribución y la adquisición de la nacionalidad francesa. Por tanto, de las reglas de juego están excluidos los extranjeros (salvo acreditación de la reciprocidad y con múltiples restricciones en el ejercicio de los derechos), las mujeres, los menores de edad, es decir todavía el Código Napoleónico es un Código patriarcal, que tenía disposiciones francamente conservadoras. Por ejemplo, la mujer no tenía la posibilidad de disponer de sus bienes, no tenía la representación de la sociedad conyugal, el marido podía disponer de los bienes conyugales sin pedirle ninguna clase de autorización a la mujer; estaba prohibida la indagación judicial, es decir si hubiera un juicio para lograr la filiación de la paternidad extramatrimonial ilegítima, de tal manera que los hijos extramatrimoniales si no eran reconocidos voluntariamente por sus padres se encontraban en un limbo jurídico. En fin, hay una serie de detalles que hacen que el Código Napoleónico revele un aspecto liberal pero un reverso de la moneda de carácter claramente conservador. Dicho en otros términos, es un reflejo de las conquistas democráticas, pero también incluye un talante conservador que venía de una burguesía triunfante que no necesitaba formular ninguna reivindicación porque ya se encontraba situada en el poder³⁴.

Un hito en el desarrollo posterior de la codificación del Derecho Civil

12. La codificación es un proceso moderno enraizado a ciertos Estados que pertenecen a una familia jurídica romanista, o del *civil law*³⁵, por el contrario, en todos aquellos países que pertenecen a la esfera anglosajona la codificación ha tenido un impacto diverso. Curiosamente en EE UU donde se registró una notable influencia francesa para la elaboración de su Constitución no se percibe en términos generales la impronta del Código Napoleónico. Los países que mayor influencia han recibido han sido en principio los europeos, por la invasión napoleónica, pero también los países latinoamericanos. En este caso no como una invasión sino bajo

³⁴ J. Pr vault, *Le Code Napoléon: ses fondements philosophiques et son rayonnement dans le monde*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1985.

³⁵ M. Ascheri, *A Turning Point in the Civil-law Tradition: from *ius commune* to Code Napoléon*, *Tulane Law Rev*, vol. 70, 1996, pp. 1041-1051.

un proceso de recepción voluntaria del Derecho. Concebido el Código como un sistema lógico de normas universales se construyó una especie de cultura de Código que impuso un determinado modo de razonar que ha llegado hasta nuestros días³⁶.

El Código Civil francés se impone rápidamente en primer lugar por el Derecho de conquista que significó la expansión del imperio napoleónico³⁷. Así fue adoptado por Bélgica³⁸, Luxemburgo, y luego se extendió a los Países Bajos, cantones de la Suiza francesa³⁹, principados italianos, polacos y alemanes, entre otros⁴⁰. Su caída en 1815 originó distintas reacciones si bien aun aquellos países que lo derogaron dictaron otros basados en su normativa. También influyó en su difusión la política colonial francesa (Canadá, Luisiana⁴¹), África, Oriente Medio). Napoleón quiso extender las instituciones revolucionarias por convicción ideológica, pues creía en la superioridad de los ideales de racionalidad y justicia propios de la Revolución, y por consideraciones prácticas: contribuir a la unificación del imperio y servir a la seguridad para asegurar su control, eliminando cuerpos intermedios y privilegios, para suministrar dinero y hombres y para atraer a la burguesía y al campesinado. Pero la extensión de estas instituciones se acompañó de la flexibilidad en su puesta en práctica. Esta flexibilidad, junto con la progresiva moderación del régimen, hizo que la fidelidad en la implantación de los principios revolucionarios de que eran portadoras las instituciones fuese diversa, en función del grado de control de la sociedad en la que se aplicaban, diferente según se tratase de territorios incorpora-

³⁶ Cf. V. Tau Anzoategui, Una cultura de Código, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), N.º 26, 1998, pp. 538-539.

³⁷ Dentro de la numerosa bibliografía existente destaca el reciente volumen colectivo, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, Bruylant, 2004, 592 pp.

³⁸ R. Piret, Le Code Napoléon en Belgique, *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 753-791.

³⁹ J. F. Poudret, Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^e siècle, *Revue historique de droit français et étranger*, N.º 69, 1991, pp. 41-61.

⁴⁰ M. D. Bocsan, Le Code Napoléon en Roumaine au siècle dernier, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 56, 2004, pp. 439-446.

⁴¹ R. Batiza, The Louisiana Civil Code of 1808: Its actual sources and present relevance, *Tulane Law Review*, N.º 4, 1971, pp. 4-165.

dos al Imperio o de estados vasallos o simplemente aliados; de las características de la sociedad en que se aplicaba, distintas según hubiesen experimentado o no un proceso de reforma previo y dispusiesen o no de estructuras más o menos parecidas a las francesas; y de la época en que ello tenía lugar: no fueron lo mismo los primeros momentos que los últimos años del Imperio, cuando el régimen se había hecho más conservador.

13. En términos generales puede decirse que hubo una mayor fidelidad al modelo conforme era más temprana y mayor la integración al Imperio y más grande la afinidad inicial a la sociedad francesa. Mas, tampoco hay que olvidar que, para la realización de las reformas, se tuvo que contar con el personal administrativo adecuado, que en sus estratos bajos era necesariamente local, y con la colaboración de los notables del lugar, factores ambos que tendieron a diluir la profundidad de las transformaciones. La vinculación del Código al Imperio explica su escasa influencia en Portugal. En efecto, el Código Civil portugués de 1867 fue el que recibió una influencia menor del Código de Napoleón toda vez que en sus trabajos preparatorios se quiso conservar en la medida de lo posible el antiguo Derecho portugués. Sin embargo el modelo sería acogido en otros países alejados en principio a la influencia francesa como Rumania.

III | Repercusión del modelo en América Latina

Opciones en torno al Derecho colonial heredado

14. La evolución de las controversias políticas, sociales, ideológicas, culturales y económicas que se desarrolló en los países de América Latina recientemente independizados permite la comparación de los procesos particulares que se registraron en cada país en lo relativo a la formación de instituciones políticas. Si bien se importaron modelos político-ideológicos de otros países (federalista, centralista, republicano, presidencialista, parlamentario, liberal, conservador, etc.), las circunstancias específicas de cada país obligaron a que se imprimieran matices a los proyectos de Estado, lo que dio por resultado sociedades con grandes diferencias entre sí, pero en algunos casos también con enormes semejanzas. Adentrándonos en las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano inevitablemente nos encontraremos con un importante escollo:

poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales o, culturales en general, que acompañaron dicha formulación⁴².

15. Dentro del estricto campo del Derecho Privado o, si se quiere, en el interior de las raíces mediatas del Derecho romano⁴³, no puede negarse que la identidad jurídico-cultural del Derecho latinoamericano se extiende durante el largo período de dominación colonial⁴⁴. El Derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construyó las bases de lo que luego de la independencia política comenzó a adquirir identidad nacional a través de la codificación. De hecho, la independencia de la América española marcó el fin de la época indiana, pero no del Derecho indiano⁴⁵. El Derecho indiano que rigió en América española desde la época de los descubrimientos hasta la codificación, es decir, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX, estuvo conformado por elementos del Derecho castellano, indígena y el específico

⁴² Destacan, indudablemente, los trabajos de A. García Brito por manejo directo que hace de todos los proyectos de Códigos Civiles y de todos los Códigos Civiles de América Latina que culminaron en su monografía, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 624 pp.

⁴³ La preponderancia del Derecho romano en el Derecho de los países de América Latina es una afirmación recurrente. Dentro de la extensa literatura que existe sobre la materia Vid. J. M. Castañviquez, *El sistema de Derecho privado americano*, *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol IV, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1969, pp. 157-188; A. M. Villela, *Direito romano e sistema jurídico latino-americano*, *Revista de Informação Legislativa* (Brasília), 1981, pp. 115-124; P. Catalano, *Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latino-americano y Derecho romano*, *RGLJ*, t. CXXXI, 1982, pp. 166 ss; R. Iglesias y M. Morineau, *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil mexicano: los Códigos civiles de 1870, 1884 y 1928*, *Revista de Derecho Privado* (México), 1992, pp. 51-63; D. P. Fernández Arroyo, *Sobre la existencia de una familia latinoamericana*, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, N.º XXVI, 1994, pp. 73-109.

⁴⁴ A. M. Garro, *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 587-616.

⁴⁵ Un estudio en profundidad acerca de la afirmación del Derecho patrio o nacional, frente al de Derecho común en España y de la pervivencia del Derecho común en hispanoamericana se encuentra en el último apartado del libro de B. Bravo Lira, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, XXXVIII + 373 pp.

de Indias . Entre 1571 y 1750 se consolida el Derecho indiano y entre 1750 y 1900 el Derecho Patrio o Nacional surge por encima del Derecho Común . El Derecho indiano encuentra su última fase en la Independencia de América y fenece con la codificación⁴⁶.

Ahora bien, la codificación del Derecho Privado en América Latina no tuvo como objetivo perseguir la uniformidad del Derecho Privado de las jóvenes Repúblicas, sino más bien afirmar la naciente soberanía política mediante un sistema legislativo inteligible y más accesible que la dispersa, profusa y confusa legislación colonial. Por descontado, durante el periodo de la conquista, hablar sobre influencias europeas en América Latina es referirse al Derecho español⁴⁷. En aquel entonces el Derecho español estaba constituido por un conglomerado de leyes y disposiciones, consecuencia de una actividad legislativa casuística y carente de método. Los textos legales eran de distinto origen y redactados en distintas épocas, lo que dificultaba su comprensión y aplicación.

16. La mayoría de las naciones latinoamericanas alcanzaron su independencia entre 1810 y 1825. Como es lógico, las leyes que vinculaban a las ex-colonias con España fueron derogadas o simplemente quedaron sin efecto. Sin embargo, en lo que respecta a la legislación civil, el cambio llegó más tarde. Después de declarada la independencia, los nuevos Estados no sintieron ninguna urgencia en dedicarse a la elaboración de leyes que reemplazaran a la legislación civil española. En la búsqueda de modelos, se puede observar homogeneidad en todas las repúblicas latinoamericanas. Curiosamente, en lo que se refiere a organización política, todas adoptaron el sistema norteamericano, pero en lo que a Derecho Civil se refiere, al menos en el siglo XIX, se sigue en una u otra medida al modelo francés⁴⁸. Posteriormente, sin embargo, surgió entre los juristas, políticos e intelectuales en general, que formaban parte de los estratos dirigentes de los nuevos Estados, la pretensión de reformar el viejo Derecho heredado, mediante su sustitución por una legislación nacional. Esta,

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 5-51.

⁴⁷ L. Moisset de Espanes, *Derecho civil español y americano. Sus influencias recprocas*, RDP, 1972, pp. 599-614.

⁴⁸ B. Bravo Lira, *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización*, en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideológicas y normativas...*, *op. cit.*

atendida la época, no podía menos que ser formulada bajo la forma de códigos al estilo moderno. Ya hemos tenido ocasión de afirmar que durante la primera mitad del siglo XIX, el modelo más prestigioso fue el Código Napoleónico; de hecho, las primeras codificaciones aparecidas en tierras americanas fueron imitaciones y hasta traducciones del Código francés.

17. No puede extrañar que durante esta etapa post-colonial, la armonía jurídica latinoamericana quede reafirmada a través de la influencia predominante del *Code Civil* Napoleónico y el abundante cuerpo de doctrina que acompaña su recepción. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de países conforme a la influencia más o menos directa del modelo francés o español y destacar a la vez la influencia retroactiva de los códigos latinoamericanos. En efecto, cuando se produce la independencia es lógico que los nuevos Estados latinoamericanos vuelvan la vista a Francia que simbolizaba los ideales de independencia y de libertad al tiempo que seguía siendo un país de cultura romanista al igual que las antiguas potencias colonizadoras España y Portugal. Por esta razón la doctrina y la jurisprudencia francesa han sido la pauta principal para la construcción del Derecho Civil en las nuevas repúblicas. Y cuando los países latinoamericanos ya se habían independizado, en uso de su soberanía decidieron acoger el modelo napoleónico sin dificultad, toda vez que los ideales de la revolución francesa coincidían con los ideales de la independencia. Los principios de libertad, igualdad, libre mercado, seguridad económica, de estabilidad monetaria, que estaban insertos en el Código Napoleónico eran principios que también adoptaban los precursores de la independencia y los políticos de los primeros años del régimen republicano. La fidelidad mostrada hacia la obra napoleónica reforzó el orden social burgués y junto con él acentuó el principio del individualismo jurídico, ya reconocido por el *Code*, de manera que el individuo era colocado ahora más que nunca en el centro del sistema jurídico diseñado. De esta suerte, la familia autoritaria y patriarcal, la propiedad absoluta, el contrato como eje de las relaciones patrimoniales, fueron pregonados con fuerza. Por ejemplo en Chile, el Director Supremo, Bernardo O'Higgins, hubiera deseado, en 1822, adoptar la legislación francesa en bloque, lo que era impracticable, sin perjuicio de que décadas más tarde, Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno, sin tomarlo como fuente exclusiva ni primordial, se inspirara preferentemente en el Código Francés, denominándolo

el más celebre de los Códigos y en la doctrina elaborada por sus comentaristas⁴⁹. Indudablemente la aceptación del Título Preliminar del *Code* marca un jalón importante en la recepción de este último en América Latina incluyendo muchos Estados dentro de las primigenias normas que regían el ámbito de aplicación de la ley en el espacio y en el tiempo. El título preliminar fue en tal sentido transplantado a casi todos los países latinoamericanos⁵⁰. Curiosamente este último contiene seis artículos y no obstante esto, ha originado una verdadera revolución en el Derecho. Se aladamente, las primitivas normas de Derecho Internacional Privado que en el Continente tendrían, con posterioridad, una marcada dimensión internacional por obra de las Conferencias Panamericanas y del Código Bustamante.

Por descontado, en América Latina el *Code* civil de Napoleón apareció como el símbolo de la Revolución, el producto del siglo de las luces⁵¹. La adopción de un Código Civil a la imagen del modelo francés sirvió para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Como se ha indicado, bajo la influencia de Andrés Bello varios códigos de América Latina adoptaron una posición ecléctica como el modelo francés: de una parte, el respeto a las normas del Derecho español en materia de familia⁵² y, de otra, una fuerte influencia individualista en materia patrimonial. Así, el Código Civil chileno, redactado por el propio Andrés Bello, se inspiró en materia patrimonial intensamente en el Código francés. Mas la influencia del *Code* no se redujo a este importante instrumento legislativo. La doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación francesa tendrían también un impacto importante durante el siglo XX.

Si bien a aquella la preceden el *Landrecht* prusiano, el *Code* francés y el *ABGB* austriaco, se adelanta a la codificación italiana (1861), espa-

⁴⁹ M. C. Mirow, *Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's use of the Code Napoléon in Drafting the Chilean Civil Code*; *Louisiana Law Rev.*, vol. 61, 2001, pp. 291-329.

⁵⁰ M. Rubio Correa, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992.

⁵¹ A. M. Rabello, *Montesquieu et la codification du droit privé (le code Napoléon)*, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 52, 2000, pp. 147-156.

⁵² J. M. Castañ Viquez, *La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas*, *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 159 ss.

ola (1889) y alemana del BGB (1896). Ello conduce a revisar la percepción, demasiado simplista, de que la codificación avanza desde la Europa hasta el resto del mundo.

18. Como ha puesto de relieve desde la perspectiva latinoamericana C. Ramos Níñez, está muy lejos de la realidad la opinión, no afortunadamente del todo abandonada, que ve por parte de los códigos americanos una copia literal o próxima del Código Civil francés, cosa que no existió como actitud generalizada. Como veremos a partir del Código peruano de 1852, considerado como el primer Código americano autónomo, la idea de introducir el sistema al *Code* brilla por su ausencia. Y, en esta línea de alejamiento del modelo napoleónico, el Código Civil chileno constituye el ejemplo más destacado. Ello es así por cuanto en su contenido predomina incontestablemente la tradición romano-castellana, y dentro de ella de manera principal la proveniente de las Siete Partidas⁵³. Se trata de una actitud que no debe sorprender por cuanto ya la idea de codificación que Bello plantea en su propuesta es la de la consolidación del Derecho, esto es, recoger el Derecho vigente en el contexto iberoamericano, siendo el Derecho español la vertiente más abundante en materia una vez expurgado de muchos de sus defectos con la aportación de los códigos extranjeros. Y es precisamente aquí donde el Código de Napoleón ocupa un lugar importante. Este es un dato digno de consignar dado que el Código Civil chileno tuvo una extraordinaria difusión, matizada desde luego, por parte de diversos países americanos como tendremos ocasión de comprobar, pasando a tener en este continente un lugar similar al alcanzado en Europa por el Código de Napoleón⁵⁴.

⁵³ J. M. Castañez, «El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano», *ADC*, 1982, pp. 121-129; J. Samtleben, «A influencia de Andrés Bello no Direito Internacional Privado Latino-Americano», *Revista de Direito e Economia*, 1982, 8, pp. 371-383.

⁵⁴ Vid. el Capítulo 3... de la monografía de C. Ramos Níñez, *El Código napoleónico...*, cit. *supra*.

Alcance del *Code* en los diversos modelos de la codificación americana

19. La codificación se desarrolla en América Latina de forma simultánea al proceso codificador europeo⁵⁵. La identidad latinoamericana en lo que concierne a la codificación del Derecho Civil, es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificación napoleónica. Dentro de las múltiples clasificaciones que se pueden ofrecer, todas ellas válidas, para observar la mayor o menor influencia del Código de Napoleón en los códigos latinoamericanos es factible establecer tres grupos: el de los códigos afrancesados; el de los códigos eclécticos y el de los códigos autóctonos, que dieron lugar a los modernos Códigos de América Latina.

20. Códigos afrancesados. Algunos países latinoamericanos, como por ejemplo Haití, La República Dominicana y Bolivia (en su primer Código Civil) adoptaron el Código Civil francés casi literalmente. Haití, en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano⁵⁶, le sucede Santo Domingo, que bajo la dominación haitiana, en 1826, adopta los *cinq Codes*, traducidos al español en 1884. A estos dos les sigue el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer Código latinoamericano⁵⁷.

⁵⁵ A. Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 624 pp. Desde el año 1977 el autor viene publicando una serie de monografías en torno al tema de la codificación y dos libros: *El primer proyecto del Código Civil en Chile* publicado en 1978, y *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, en 1982. En el mes de julio del año 2000 apareció este nuevo libro, un fruto más de estos 25 años de estudio sobre la historia de la codificación.

⁵⁶ A. N. Léger, *Code civil d'Haïti: annoté d'après la doctrine et la jurisprudence haïtienes et françaises et références aux auteurs. Précédé de la Constitution de 1918 amendée en 1928*, Puerto Príncipe, Imprimerie de La Presse, 1931, 957 pp.; Vid. A.G. Cabanis, *Un exemple de création juridique modeste: Le Code Civil Haïtien de 1825 et le Code Napoléon*, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 48, 1996, pp. 443-456.

⁵⁷ R. Ortiz Urquidí, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1973, xxx+385 pp.

En la década de los años treinta del siglo XIX, el afrancesado general Andrés de Santa Cruz, imitando a su admirado Napoleón Bonaparte, dictaba para su país, Bolivia, los códigos básicos que serían un modelo inmediato para toda la temprana codificación latinoamericana⁵⁸. Desde mediados de 1836, la Confederación Periboliviana, congrega a tres entidades políticas distintas: el Estado Sud-Peruano, el Estado Nor-Peruano y la República de Bolivia. Los códigos bolivianos fueron el antecedente directo de los cuerpos legislativos con que contaron los territorios confederados durante su breve existencia⁵⁹.

A los Códigos de Santa Cruz, le sucede en Costa Rica, el año de 1841, el Código General de Braulio Carrillo, redactado por el propio Presidente de la República. Estos códigos fueron, en líneas generales, fuertemente inspirados por el Código de Napoleón, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho Familiar, con base a las reglas del Derecho canónico, aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos códigos fueron una simple reproducción integral del Code, pues tanto el de Oaxaca, como el Código boliviano y el de Costa Rica introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano-indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos del que inspiraron el Código francés.

21. Códigos eclécticos. Existe un bloque de Estados, acaso el más significativo desde el punto de vista histórico, reconoció al Código Civil francés como fuente inspiradora principal, pero que se inclinaron por un estilo y técnica ecléctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificación latinoamericano. En la mentalidad de las clases dirigentes más lúcidas se entendía que la mera adopción del Código Napoleónico, con una u otra reforma de por medio, estaba lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación; pero, por otro,

⁵⁸ Resulta obligada la referencia al estudio de L. Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código civil peruano*, Lima, Palestra, 2004.

⁵⁹ Vid. C. Ramos Nuez, La cultura jurídica en la época de la Confederación Peribolivia, *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N.º 22, 2000, pp. 267-297, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552000002200012&script=sci_arttext&tlng=es#l.

conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretende regular.

En estas circunstancias, adviene el Código Civil peruano de 1852, que, se presenta como el primer Código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo y, que abre en el proceso codificador latinoamericano una fase hasta entonces inédita: la de elaboración autónoma. El Perú se adelantó de este modo al brillante Código Civil chileno, obra del jurista venezolano Andrés Bello, el mismo que entró en vigor en 1855, y al Código Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio Velez Sarsfield, que rigió desde 1871 y, al no menos brillante Esbozo de Código Civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, que sustancialmente sirvió de base al Código argentino. A diferencia de estos no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideológicas que patrocinaban Ramón Castilla y José Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos. El Código Civil Peruano de 1852 fue un instrumento que recogió, en verdad, ciertos elementos del Código Napoleónico, pero que no los incorporó mecánicamente; por el contrario, se nutrió de elementos variados, especialmente de la antigua legislación hispana integrada por las Siete Partidas. En efecto, de España quedaban en la nueva república muchas leyes, costumbres y usos, que necesariamente influyeron al momento de dar normas para regir la vida ciudadana de los peruanos independientes; como pusiera de relieve A. Guzmán Brito, en lo que respecta a la ordenación de las materias en cada libro, el Código peruano de 1852 se inspiró claramente en la sistemática que solían seguir los prácticos españoles, como Tapia en su *Febrero novísimo* (1828) y en su *Febrero novísimamente redactado* (1845), incluso en la propia terminología. De Francia hay diversas disposiciones del Código de Napoleón y hasta partes completas que fueron inspiradas por aquí. Así, por ejemplo, el Título 3...: De los requisitos esenciales de los contratos (arts. 1.235 ss) de la sección primera del Libro III del Código peruano, tiene por fondo claramente perceptible al Capítulo 2...: Des conditions essentielles pour la validité des conventions (arts. 1.108 ss.), del Título 3... del Libro III del Code; Con todo, tampoco se trata de una mera traducción⁶⁰. En cualquier caso la doctrina peruana apunta notables diferencias:

⁶⁰ A. Guzmán Brito, El tradicionalismo del Código civil peruano de 1852, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º 23, 2001, pp. 547-565.

prodigalidad, ausencia, cl rigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela..., filiación, semovientes, posesión, invención, usucapión de muebles, prescripción liberatoria, donación..., testamentos con facilidad para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredación total (desconocida en Francia), sustitución de herederos, comunidad de bienes del régimen matrimonial, gananciales, parafernales, reservas, lesión, retracto, etc⁶¹.

Las causas de esta recepción limitada obedecen al tradicionalismo de la sociedad peruana de la época y de sus juristas, que sí, con todo, gustaban de distinguirse unos de otros según sus tendencias liberales o conservadoras, ello estaba determinado por otro género de preceptos, básicamente por el de la actitud frente a la función y al estatuto de la Iglesia Católica y de la religión en la vida civil ⁶². Pero acaso la característica del modelo francés fue fijación de un estatuto de la esclavitud (Libro I, Sección 2ª, Título 5...: De los ingenuos, siervos y libertos; Título 6...: De la manumisión), en razón de que en 1852 Perú todavía no había abolido esa institución y no competía al Código hacerlo. Y a esto se une el hecho de haber dedicado una reglamentación a los cl rigos (Libro I, Sección 2ª, Título 4...: De los cl rigos), permite afirmar que a este cuerpo legal aún resultaba algo ajena la idea de la unidad del sujeto de Derecho. El tradicionalismo también se observa en la regulación de las instituciones antiguas como las capellanías y el patronato (Libro II, Sección 7ª, Títulos 1... y 2...) y los censos (Libro III, Sección 5ª, Título 4...).

22. Códigos autóctonos: El Código emblemático latinoamericano es, sin duda, el Código de Andrés Bello en 1855 que había de regir en Chile y que habría de tener una influencia en otros países de Iberoamérica, como Colombia, Ecuador, que lo copiaron al pie de la letra, y varios países centroamericanos. Puede hablarse de esta suerte de que hay códigos más afrancesados que otros. Andrés Bello había recibido en Inglaterra la influencia de Jeremías Bentham, representante del positivismo y del utilitarismo y esta influencia fue crucial en su determinación de la ley como única fuente del Derecho; asimismo conoció tardamente la obra de F.K. von Savigny y de la Escuela Histórica, lo que contribuyó a suavizar su visión ius-

⁶¹ J. Basadre Grohmann, *Historia del Derecho peruano*, 2ª ed., Lima, 1997, p. 358.

⁶² Cf. A. Guzmán Brito, *El tradicionalismo...*, loc. cit., p. 565.

naturalista racionalista y positivista. Su mayor contribución al sistema legal chileno fue la codificación en la que no ignoró al Derecho castellano indiano, desde el cual depuró muchas normas posteriormente incluidas en el Código Civil. Tuvo influencias de la codificación francesa y en particular de Portalis, de quien tradujo y publicó en *El Araucano* textos donde se resalta la necesidad de congruencia entre las nuevas normas y la tradición jurídica del pueblo donde se aplicarían; no obstante ejerció una importante impronta en su formación jurídica la obra del español Francisco Antonio Martínez Marina, quien hace un juicio crítico de la *Novísima Recopilación* aparecida en 1805, es decir, cuando ya el Código Civil Francés era Derecho vigente⁶³. El Código Civil de Andrés Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880).

Al lado del ejemplo chileno la historia de la codificación en Brasil arranca de un plan de reforma de la legislación que Augusto Teixeira de Freitas diseñó en 1854, por encargo del gobierno imperial⁶⁴. La primera fase de este plan concluyó en la obra conocida como *Consolidação das leis civis*, la cual comprendía 1333 artículos distribuidos en una clasificación o sistemática, que descansaba en la distinción de derechos personales y reales, y que tenía como finalidad la sistematización de toda la legislación de este país, incluyendo, por lo tanto, la portuguesa anterior a la independencia y la brasileña, estuvieran o no derogadas, salvo algunas excepciones. La consolidación debía hacerse por títulos y artículos con proposiciones claras y sucintas, citándose en notas correspondientes la ley de la cual se extraía la proposición y referirse la costumbre establecida contra o según un texto. Finalizó esta extensa labor en 1857 y, si bien fue sometida al parecer de una Comisión que la aprobó, no se le dio valor

⁶³ J. L. de los Mozos, *Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello*, *RGLJ*, 1978, pp. 437-467.

⁶⁴ En 1853, el gobierno imperial del Brasil decidió emprender la codificación del Derecho y encargó la obra al reputado jurista Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), quien en una memoria del año siguiente explicó el plan que pensaba seguir. Este consistía en confeccionar primero una consolidación del Derecho, esto es una jación sistematizada del Derecho en su estado actual, sin modificaciones sustanciales; y en una codificación propiamente tal, después, que implicaba una nueva redacción del material consolidado y una reforma de su contenido.

legislativo, aunque alcanzó gran autoridad práctica hasta la entrada en vigor del Código de 1916, haciendo las veces de un Código. La segunda fase del plan de reforma de la legislación, estuvo presidido por la redacción de un proyecto de Código Civil en el plazo de 3 años, que nuevamente el gobierno imperial encargó a Teixeira de Freitas. Este proyecto, conocido como Esbozo, fue presentado en 1860, pero, fue objeto de una crítica tal que provocó la suspensión de la labor en 1865, dejándose sin efecto además, en 1872, el contrato que el jurista había firmado con el gobierno. De esta suerte fracasó en Brasil el proyecto de este jurista, siendo, sin embargo, como se afirmó con anterioridad, ampliamente aprovechado por Velez Sarsfield en Argentina.

En efecto, tanto el Código Civil chileno como el anteproyecto de Freitas desempeñaron una influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Velez Sarsfield, acaso el modelo codificador con mayores estudios preparatorios del Continente, que tuvo la virtud de incorporar un importante elemento de madurez en la historia de la codificación iberoamericana, que ya contaba con el precedente chileno. En 1876, el Código de Velez fue íntegramente adoptado por el Paraguay, como consecuencia de su derrota en la guerra de la Triple Alianza; además ejerció cierta incidencia el proyecto en el Código Civil uruguayo de 1869, y, por último, el Código tuvo influencia también en los códigos de Nicaragua de 1904 y en el de Panamá de 1916.

IV | La cultura del Code como paradigma en América Latina

Dialéctica entre originalidad y dependencia en el movimiento codificador Latinoamericano

23. No era posible que los códigos fueran absolutamente afrancesados en todas sus líneas. Por ejemplo, Santa Cruz que, como vimos, era un admirador de Napoleón, no quiso implantar en el Perú el matrimonio civil, o el divorcio, por razones de carácter ideológico. Lo mismo ocurrió en México, donde se registró un claro rechazo a la introducción de instituciones como el Registro civil o el matrimonio laico, consideradas contrarias a la trayectoria generalizada de la población⁶⁵. Habría sido inconveniente

⁶⁵ M.» del R. González, *El Derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para un estudio*, México,

desde el punto de vista político establecer instituciones que parecían muy modernas y en tal sentido también los legisladores actuaban como una suerte de aduana cultural: unas instituciones eran admitidas y otras rechazadas. Se trataba de algo que Fernando de Trazegnies ha llamado *modernización tradicionalista*, es decir, se toman ciertos elementos que son convenientes y otros no. Los elementos que no se introdujeron fueron esencialmente el matrimonio civil y el divorcio, que sólo van a llegar en el siglo XX⁶⁶. Por eso la recepción del Código Napoleónico no fue un proceso mecánico sino más bien un proceso selectivo.

El Code se presenta dentro de la codificación como el paradigma⁶⁷ considerándolo F. Wieacker como una de las recepciones más evidentes en el mundo del Derecho⁶⁸. Su especial naturaleza de propaganda revolucionaria, pero en esencia conservadora, lo llevó a ser el predilecto en la recepción que operó en la codificación latinoamericana. Así en México Justo Sierra, el codificador del XIX, admite que la fuente nutricia principal es el Code que, en mayor o menor medida, ha sido el sustrato de las futuras generaciones de códigos civiles hasta el actual de 1928⁶⁹. Sin embargo, la influencia francesa no se registró en este país de Código a



UNAM, 1988. Según esta autora no se cuenta con estudios que analicen pormenorizadamente la influencia de los distintos países continentales europeos o del *common law* en nuestra codificación civil. Tampoco contamos con estudios que analicen la influencia de los tratadistas europeos y anglosajones en particular (p. 63). La exégesis de la influencia francesa en el Derecho privado mexicano registra una extraordinaria complejidad. Vid. J. L. Soberanes Fernández, Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, N.º. I, Q. 1986; R. Batiza, *Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982; J. R. Narvéz Hernández, La crisis de la codificación y la Historia del Derecho, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt9.htm#N28>.

⁶⁶ F. de Trazegnies Granda, Presencia del Código Napoleónico en el Perú. Los conflictos entre tradición y modernización, *La codificación: raíces y prospectiva*, op. cit.

⁶⁷ G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, Nápoles, Edizione Scienti che Italia, 1984.

⁶⁸ F. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Granada, Comares, 2000, 563 pp.

⁶⁹ R. Batiza, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982.

Código, sino a través de la recepción del *Code* en distintas Leyes de Reforma, se aladamente en Leyes como la de Sucesiones de 1857, o la del Registro Civil de 1859⁷⁰. Posteriormente, como es obvio, el Código Civil mexicano de 1928 recoger a el espíritu social de la Revolución mexicana que supuso un hito histórico al establecer, por ejemplo, la igualdad jurídica de la mujer con respecto al hombre; el reconocimiento de la doctrina del abuso del Derecho en general y de propiedad en especial; la teoría del riesgo profesional; la responsabilidad objetiva por objetos peligrosos; y disposiciones diversas en materia contractual destinadas a proteger a la parte más débil. Pero con respecto a sus fuentes, más de la mitad de sus artículos corresponden al Código de 1870, que provienen del Código del Imperio, del portugués y la Ley hipotecaria española de 1869.

Al igual que una mancha de aceite se produjeron situaciones parecidas en todo el hemisferio, al margen de la ingente obra de los codificadores latinoamericanos, que contribuyeron con su formación en muchos casos romanista y de Derecho comparado. La consecuencia es que si bien pudieron darse innovaciones y propuestas estas permanecieron siempre dentro de los perfiles trazados por el modelo. La tradición y los Derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisión del Derecho Indígena (en gran mayoría de origen virreinal), en la organización territorial, en ciertos Derechos de comunidad que desaparecieron después de la codificación.

24. En todo caso, los propios códigos que denominamos autóctonos encierran el ideal social del denominado paradigma francés. No sólo el pensamiento de codificar el Derecho Civil se basa en la idea del Código francés sino que no se puede obviar la influencia del Derecho francés en el contenido de la obra de autores como Dalmacio Velez Sarsfield⁷¹. Mas, es menester referirse al Derecho francés y no al *Code* ya que la influencia

⁷⁰ J. L. Soberanes Fernández, Las codificaciones de Derecho privado mexicano en el siglo XIX, *Revista de Investigaciones Jurídicas* (México), N.º 10, 1983, pp. 373-384.

⁷¹ G. Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio*, México, F.C.E., 1986, p. 44; Vid. A. A. Taraborrelli, Análisis crítico del Código de Velez, la reforma de Borda y la actualidad, *Revista de la Unión de Magistrados de Lomas de Zamora*, noviembre de 2002 (http://www.derechoprofundizado.org/doctrina/derecho_civil_y_comercial/analisis_critico_civil).

de los juristas franceses fue mayor que la del Código mismo. Incluso es probable que el codificador argentino haya conocido el Código francés indirectamente a través de la propia doctrina francesa. Por esta razón Velez Sarsfield se aproximó al Código francés con sentido crítico y no dudó en apartarse de la solución francesa cuando la encontró confusa o inadecuada. De esta suerte no sólo la estructura del Código argentino es distinta de la del Código Napoleón, sino que únicamente un número relativamente pequeño de artículos del Código Civil argentino están tomados directamente del Código francés⁷². Además, si contemplamos la influencia del Derecho francés en el Código argentino, debemos prestar atención también a la influencia que tuvo el Código de Luisiana, que aparece no pocas veces citado en las notas de Velez. En efecto, la mayoría de las veces que aparece en las notas de Velez el Código de Luisiana, lo hace junto con el Código francés, lo cual no deja de ser lógico teniendo en cuenta la similitud que por entonces todavía había entre ambos. Sin embargo, no pocas veces es posible encontrar al Código de Luisiana como fuente de tal o cual artículo, sin que aparezca una correlativa referencia al Código Napoleón. Indudablemente Velez encontró en el Código de Luisiana un texto que desarrollaba las ideas del Derecho romano expresadas en un lenguaje más moderno y es natural que conociera en profundidad este instrumento. Cabe insistir en que no menor que la influencia que el Derecho francés tuvo en la obra del codificador, fue el peso que tuvo la doctrina jurídica francesa en el Derecho Civil argentino hasta bien entrado el siglo XX.

Incidencia de otros modelos

25. Desde principios del siglo XIX, se había venido formando en Alemania una nueva ciencia jurídica, llamada pandectística, la cual, merced al talento de los juristas que la cultivaron, alcanzó prestigio internacional y pudo competir con la poderosa ciencia exegética francesa. De la pandectística derivó directamente el Código alemán promulgado en 1896 que entró en vigor en 1900. Por aquellos años el proceso de codificación civil estaba prácticamente terminado en América, salvo en Brasil (que no tuvo un Código sino hasta 1916), de modo que el BGB careció de influencia en

⁷² G. A. Bossert, Influencia del Código civil francés en el Código argentino y otros Códigos de hispanoamérica, *La Ley* (Buenos Aires), LXIX, N.º 34, 17 febrero 2005, pp. 1-5.

esas naciones. Pero la precedente ciencia pandectística, en cambio, sí pudo influir en las codificaciones y en los proyectos de códigos formulados durante la segunda mitad del siglo en América.

Es significativo que dos importantes codificaciones americanas, la brasileña y la argentina, en la materia de las actuaciones humanas típicas relevantes para el Derecho, escaparan totalmente a la tradición del contrato que había triunfado en el Code y se sometieron a la del acto jurídico que hacia la época había hecho suya la ciencia pandectística alemana. De ambas, la que más perfectamente se adaptó a dicha tradición fue la brasileña de 1916, con su antecedente en el Esbozo de Teixeira de Freitas. Según ello, en una parte general se divide todo el Derecho en personas, cosas y hechos (de los cuales los más importantes son los actos), como versión moderna de la tricotomía gayano-justiniana del *ius in personae res actiones*. Este esquema no fue seguido en la Argentina, cuyo Código carece de una parte general; de manera que el sistema de los hechos (actos), en todo obediente a la mencionada tradición sin embargo, fue insertado en la parte relativa a las obligaciones, en lo que puede verse, empero, un lejano eco de la tradición del contrato y del Code Civil en sus aspectos externos⁷³. Menciona especial merecida influencia del Código italiano de 1942 en el Derecho Civil argentino y particularmente en los proyectos de reforma del Código Civil, para plantear luego la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre este fenómeno y la influencia que tuvo la cultura italiana en Argentina⁷⁴. Pero es en la reforma del Código Civil argentino 1968 donde por primera vez las soluciones del Código italiano toman cuerpo.

26. Este apartado no puede concluirse sin una referencia del Derecho español⁷⁵. En efecto, la presencia de este ordenamiento es particularmente significativa en la exigencia de la entrega de la cosa para la transmi-

⁷³ Cf. A. Guzmán Brito, Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º 19 (Valparaíso, Chile), 1997, pp. 95-106.

⁷⁴ P. Lerner, El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, N.º 103, 2002, pp. 167-194.

⁷⁵ Resulta obligada aquí la referencia a J. M.ª Castañón Viquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (discurso leído el día 23 de enero de 1948, en su

si n de un Derecho Real que figura en la inmensa mayor a de las legislaciones iberoamericanas. Si se analizan los diferentes sistemas en presencia dentro del Derecho Comparado iberoamericano se observa una serie de rasgos comunes un de los cuales es, precisamente, la exigencia de la tradici n de la cosa , como modo constitutivo del Derecho Real que se desea transmitir. La exigencia de este requisito remonta al Derecho romano, desde donde pas a la antigua legislaci n espa ola, y se ha mantenido en su C digo Civil, pese a que el proyecto de Garc a Goyena propon a dejarlo de lado, para adoptar el sistema consensualista franc s. Los codificadores iberoamericanos, que en este punto dejaron de lado el modelo franc s, y exigieron la traditio rei, o entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisi n del dominio, criticando duramente la traditio mero consensu, por considerar indispensable la existencia de un acto material que exteriorice la transmisi n⁷⁶.

S lo muy posteriormente, con la sanci n del C digo Civil en 1889, Espa a logr poner orden en su Derecho Civil Nacional⁷⁷, seriamente condicionado por la diversidad legislativa existente en su territorio en funci n de los denominados Derecho forales⁷⁸. Espa a no qued al margen de esta influencia benthamista. La voz del Estado analiza expresamente el fracaso que sucedi al Proyecto de C digo Civil de 1851, tras la creaci n de la hasta hoy vigente Comisi n de Codificaci n por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. El fracaso del C digo Civil de 1851, alej , a n m s, cualquier comparaci n de la situaci n del ordenamiento jur dico

► recepci n p blica por el Excmo. Sr. don Jos Mar a Cast n V zquez y contestaci n del Excmo. Sr. don Antonio Hern ndez Gil), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislaci n, 1984, 184 pp.

⁷⁶ L. Moisset de Espan s, La tradici n traslativa de dominio (El c digo civil espa ol y el sistema iberoamericano) , RDP, 2004, pp. 771-786.

⁷⁷ Vid. J. Harris, Los escritos de codificaci n de Jeremy Bentham y su recepci n en el primer liberalismo espa ol , T los. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8, 1999, pp. 9-29.

⁷⁸ El movimiento uni cador; proveniente de Francia, evoluciona a mediados del siglo XIX, con la in uencia de autores como Savigny y la Escuela Hist rica, que irrumpen con fuerza en Alemania, defendiendo la creaci n del Derecho no como fuente de la raz n —la idea francesa— sino como esp ritu del pueblo, una idea contraria a la codificaci n, el movimiento uni cador del derecho. As , cuando se empieza a vislumbrar la posibilidad de promulgar un nico C digo Civil en Espa a, el de 1851 (el C digo Civil franc s de 1804 es el ejemplo en el que se

decimonónico español con el francés. El desprecio del parlamentarismo, la inflación de reglamentos, la ausencia de cualquier preocupación doctrinal sobre la consecución real de las normas se mantuvo hasta 1889⁷⁹.

Los países que adoptaron el Código Civil español de 1889 por haber sido los últimos en haberse desprendido del régimen colonial, integran un segundo grupo menos extenso. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jurídicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura política de la legalidad socialista (que dio como resultado el nuevo Código Civil de 1987), y, en el caso de Puerto Rico, por la aplicación del Derecho Federal de los EE UU. Evidentemente la recepción del *Code* en este caso es de segundo grado, por la identidad del Código español con el francés, salvo ciertas particularidades derivadas del fenómeno foral español. Puede agregarse aquí un grupo de países de América Central como Honduras y Panamá, cuya primera codificación del Derecho Civil tuvo lugar a comienzos del pasado siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma tan directa como el grupo anterior, en el Código Civil español aunque con posterioridad han recibido una profunda influencia del *common law*.

IV | Dos siglos después

27. En la hora actual, cuando las leyes se suceden unas a otras con ritmo sostenido por la aceleración del progreso científico, cuando la creación de nuevos derechos individuales y colectivos, las alternancias políticas y los textos son a veces poco precisos, resulta importante recordar la cla-

► mira), dicho proyecto fracasa por la denominada cuestión foral, hasta que en 1889 el Código Civil naciente, el actual —con su Ley de Bases de 1888— parte de la persistencia de esos Derechos forales —por ahora, se dice en la primera redacción del Código Civil, no así en la actual— y de su mantenimiento mediante el sistema de apéndices, un sistema que fracasó en su tiempo y que posteriormente dio paso, durante la segunda mitad del siglo XX, al de las compilaciones. Vid. J. Bar-Pazos, *La codificación del Derecho civil en España: 1808-1889*, Santander, Univ. de Cantabria, Serv. de Publicaciones, 1992, 324 pp.

⁷⁹ M.ª J. Miranda, Bentham en España, *Jeremías Bentham, El Panóptico*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1979, pp. 127-145.

riedad de las palabras de Portalis: la ley ordena, permite o prohíbe. Por ello se sostiene que la codificación sigue siendo un instrumento indispensable para mantener, en el mundo moderno, el ideal de una ley clara, inteligible, accesible para todos, que constituye ya un objetivo de valor constitucional. Exige, simplemente, una decidida voluntad política y una clara conciencia de los objetivos a desarrollar⁸⁰. De acuerdo con este planteamiento, la codificación, requerimiento democrático, se ha convertido asimismo en exigencia económica: la codificación tiene la posibilidad, en efecto, de reducir el costo de acceso al Derecho para las administraciones y las empresas privadas, propiciando de esta manera las inversiones. No obstante, un fenómeno de descodificación se encuentra presente en Europa y en América Latina. A falta de un nuevo Código en Francia, la descodificación tiene lugar por la vía de la jurisprudencia, de una manera tan radical que hoy es imposible aplicar el Code sin conocer aquella. Conviene confrontar estas experiencias y extraer las conclusiones pertinentes.

En lo jurídico, los esquemas aportados por la razón: tratados internacionales, constituciones políticas, códigos y leyes no han permitido alcanzar ni la paz social ni la individual al través de modelos técnicos y finales. Se ha producido la *révolte des faits contre le code* referida ya en 1920 por Gustave Morin. Deber esperarse a 1978 para que el jurista italiano Natalino Irti acuñe la expresión descodificación para nombrar el deterioro de los códigos. Según Bravo Lira el sentido de descodificación es abandonar la veneración servil del texto *-sic scriptum est-* para fijarse en su contenido y servirse de él según lo exijan las variables condiciones de tiempo y de lugar en que discurre la vida jurídica. Esto supone, ante todo, que el jurista y el juez dejen de ser servidores de la ley, para volver a ser ministros del Derecho⁸¹.

28. Pese a su compleja justificación la descodificación⁸² se presenta en la actualidad como un fenómeno irreversible, dotado de alcance general,

⁸⁰ B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, 91 pp.

⁸¹ B. Bravo Lira y S. Concha Márquez de la Plata, *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, Universidad Santo Tomás, 1999, 333 pp.

⁸² La expresión descodificación se atribuye a N. Irti, *L'età delle decodificazione*, 4ª ed., Milán, Giuffrè, 1999; existe una versión española, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992. Vid. M. L. Murillo, The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification, *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 11, 2001, pp. 1-20.

dada la renovación e ininterrumpida expansión del Derecho Privado, mediante leyes especiales y complementarias surgidas casi siempre con criterios oportunistas. La sola existencia de este fenómeno refleja elocuentemente la impotencia del legislador para hacer frente de una forma armónica a la ordenación del Derecho Privado, sin perjuicio de que estas importantes piezas, situadas fuera de la originaria estructura codificada, continúan teniendo en los preceptos del Código Civil de muchos países, su última referencia sistemática.

La época de la descodificación ha conducido a que las leyes especiales se apropien de determinadas materias y clases, vaciando de contenido la disciplina codificada e incluso alcanzando relevancia en algunos casos. Estas leyes logran tal estado de consolidación que evidencian lógicas autónomas y principios orgánicos que llegan a oponerse a la propia sistemática del Derecho Privado y después acaban con una pretensión de plenitud y de autonomía normativa. Hay que reconocer que algunas leyes especiales constituyen hoy el Derecho general de una institución o de una materia completa. Con la proliferación de leyes especiales se produce una inflación legislativa que difunde la sensación de que el tiempo de la codificación ha pasado. La misma forma de los textos codificados ha dejado de responder a conceptos reconocidos y reconocibles; dicho de otro modo, la idea de Código, como totalidad normativa, corpus iuris completo y acabado no tiene más sentido. Como contrapartida, del elevado grado de complejidad alcanzado por la edición de un número tan grande de leyes en todo el mundo, se observa la tendencia a reducirlas a lo indispensable; a partir de la constatación común de la existencia de una inflación reguladora, se propaga un espacio para la desregulación que podrá reconducir, paradójicamente, a una codificación de nuevo cuño.

Asistimos, de esta suerte, a la especialización normativa con la consiguiente fractura del modelo codificador tradicional. Este fenómeno descodificador⁸³ trae consigo la creación y la elaboración de una serie de instrumentos que contemplan figuras jurídicas nuevas, no previstas en los códigos respectivos y ordenadas fuera de los mismos, atentando contra el carácter omnicompreensivo que se les había querido dar. En la actua-

⁸³ Que se tiene muchas manifestaciones, como por ejemplo, en el Derecho civil, respecto del régimen de responsabilidad por daños. Vid. L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Codificación, descodificación...*, *loc. cit.*, pp. 473-485.

lidad se concibe a la codificación como un proceso cultural e histórico por el cual ha sido posible la realización de un producto que tiene como características esenciales agrupar un conjunto de normas de Derecho, hacerlo de una manera coherente y sistemática y tener una vocación a la totalización; ofrece pues una nota de exhaustividad al abarcar todas las relaciones jurídicas posibles de una determinada materia⁸⁴. Por esa razón estamos asistiendo a la superación de la forma legislativa codificada por incompatibilidad con los tiempos actuales que ha tenido lugar a lo largo del presente siglo, a lo que se une la creación de una especificidad de normas autónomas fuera del ámbito propio de los Códigos que experimentan un adelgazamiento progresivo. De acuerdo con esta corriente el Código es un sistema necesariamente imperfecto porque su texto no responde a la realidad; un sistema que cierra el paso a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo. La aspiración de que un Código Civil d cabida a toda la materia civil comienza, pues, a ser abandonada iniciándose un proceso lento, pero progresivo de descodificación que se produce de forma paralela con el proceso de promulgación de Leyes especiales. Es cierto que el fenómeno de la descodificación tiene un alcance general y se percibe en la mayor parte de las disciplinas jurídicas, pero en el Derecho Civil, la propia heterogeneidad y mutación constante de la materia regulada hace que se dicho fenómeno se agudice particularmente y se presente como algo irreversible produciéndose la renovación a través de Leyes especiales.

29. Al igual que en Francia, la codificación ha marcado la tradición jurídica latinoamericana y la experiencia en el subcontinente muestra la resistencia de los viejos Códigos al cambio. Ello no debe ser un freno para la necesaria modernización de las vigentes reglamentaciones civiles con el fin de adaptarlas a la realidad social vigente, que es muy distinta de la que existió en la época de promulgación de unos instrumentos que sobrepasan, muchos de ellos, los cien años de vigencia; elaborados sobre modelos inadecuados a los tiempos modernos, pues las concepciones ambientales, políticas y sociales incorporadas a sus textos no se acomodaban a las estructuras sociales de unos países donde esos fenómenos eran diferen-

⁸⁴ A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, p. 135.

tes, con el consiguiente desajuste de la legislación civil con la realidad⁸⁵. Por esto resulta esperanzador que en la actualidad, los proyectos de renovación de la codificación se hayan multiplicado en América Latina: el Código Civil peruano de 1984; el Código de Comercio boliviano de 1994 y el ante-proyecto de Código Civil boliviano de 1997; el proyecto de Código Civil argentino de 1998⁸⁶; el Código Civil brasileño de 2002; los proyectos chilenos de renovación de la legislación civil y comercial, etc.

Con independencia de la tan necesaria modernización, en América Latina el Código Civil francés sigue siendo visto como el símbolo de la Revolución, como un producto genuino del siglo de las luces. La adopción de un Código Civil a la imagen del modelo francés fue un importante instrumento para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Al mismo tiempo, es posible dejar constancia que, bajo la influencia de Andrés Bello, los códigos de América Latina también adoptaron una posición ecléctica: por una parte, un respeto a las normas del Derecho español en materia de familia y, por otra, una fuerte inspiración individualista en materia patrimonial. Por lo demás, en Francia y en América Latina el Código Civil se sigue presentando como una verdadera constitución civil, lo que lleva a preguntarse si en estos países el Estado precedió, en alguna medida, el nacimiento de la Nación. En un momento en el cual la armonización, incluso la unificación del Derecho Privado, se encuentra en el centro de los debates jurídicos y políticos, en particular en la Unión Europea⁸⁷, el espíritu del Código Civil sigue siendo una referencia obligada: es necesario propiciar la aparición de un sistema jurídico equilibrado que responda no solamente a las exigencias económicas sino también a consideraciones demo-

⁸⁵ R. Zeledón Zeledón, Bases sociales para la modernización del Código Civil con miras al siglo XXI, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, vol. 52, N.º 2, abril-junio de 1991, pp. 81-108.

⁸⁶ A. A. Alterini, El proyecto de Código Civil de 1998: perspectiva y prospectiva, *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, N.º 1, 3ª época, Buenos Aires, noviembre de 1999, p. 21.

⁸⁷ J. C. Fernández Rozas, La unificación del Derecho mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea, *Revista Jurídica Española La Ley*, N.º 5860, 30 de septiembre de 2003, pp. 1-10.

críticas. Los ideales de humanismo⁸⁸, de justicia social, de equidad, de inteligibilidad y de facilidad de acceso al Derecho, la voluntad reformadora y unificadora que presidieron la elaboración del Código Civil no han perdido, en efecto, su actualidad. Si el pasado año se celebró el bicentenario del Code civil prácticamente en todas partes del planeta, es acaso porque el espíritu de Bonaparte se mantiene presente y sigue influyendo nuestras legislaciones, inspirando asimismo a nuestros legisladores. Después de dos siglos de vigencia el gran mérito que tiene el Código Civil de 1804 en la actualidad es que sus conceptos jurídicos y su flexibilidad en su interpretación han permitido su adaptabilidad a la transformación de la sociedad francesa⁸⁹, pasando de una organización patriarcal a la afirmación de la igualdad entre hombres y mujeres. Ya no estamos en la situación de la época en que fue celebrado el primer Centenario en 1904, cuando en Francia una feminista quemó ese libro rojo al pie de la Colonia de Vendôme.

Es cierto que en el presente la aplicación del Derecho requiere mayor creatividad de jurista y que los Códigos deben limitarse a servir de guía siendo un instrumento, importante sí, pero no un fin en sí mismo. También es cierto que la globalización apunta a una fuerte penetración del common law sobre todo en el ámbito de las transacciones mercantiles. Pero no puede desconocerse el legado histórico que nos dejó el Código de Napoleón. Con independencia de las semejanzas o diferencias respecto de aspectos técnicos o axiológicos de los Códigos de América Latina, lo cierto es que el Derecho Civil francés y el Código de Napoleón han sido piezas angulares del sistema continental de Derecho Privado que hoy incluye a la mayoría de los países que recibieron la influencia del ordenamiento francés. Y ello por haber contribuido decisivamente a la causa de la codificación frente a otros sistemas abiertos, que no llegaron a contar con aceptación alguna en los tiempos actuales. Asimismo, por su decisiva impronta en la configuración de las legislaciones nacionales del hemisferio con un componente indubitado de progreso científico puesto de manifiesto tanto en las coincidencias, como en las discrepancias o asimetrías.

⁸⁸ B. Tabbah, L'humanisme du droit civil français, secret de son rayonnement, *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 702—730.

⁸⁹ J. D. Bredin, *Code civil des Français, Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.